

RECHTSPRAAK JURISPRUDENCE

CONSEIL D'ETAT 25 MARS 2009

SOCIETES

Société anonyme – Gestion – Pouvoir de représentation externe – Nombre minimal d'administrateurs (art. 518 C.soc.) – Décision d'agir devant le Conseil d'Etat – Recevabilité

Conformément à l'article 518, § 1^{er}, du Code des sociétés, les administrateurs d'une société anonyme doivent être au nombre de trois au moins.

Les décisions de saisir le Conseil d'Etat d'une demande de suspension et d'un recours en annulation font partie, sans que l'on puisse les dissocier, des actes urgents nécessaires à la sauvegarde des intérêts de la société.

La démission d'un administrateur qui réduit temporairement de trois à deux le nombre des membres du conseil d'administration ne peut avoir pour effet de priver la société de son droit d'ester en justice pour assurer, dans une situation d'urgence, la préservation de ses intérêts.

SA Triomphe/Le bourgmestre de la commune d'Auderghem, La commune d'Auderghem
Siég.: Willot-Thomas (président de chambre), Lewalle et Nihoul (conseillers d'Etat)
Pl.: Mes Ph. Levert, G. San Bartolomé, Th. Hauzeur et J.-P. Lagasse

Vu la requête introduite le 28 janvier 2008 par la société anonyme Triomphe qui demande l'annulation de:

“1) l'arrêté du 13 décembre 2007 de monsieur le bourgmestre de la commune d'Auderghem ordonnant la fermeture toutes les nuits des vendredis à samedis, samedis et dimanches et des dimanches à lundis de l'établissement SOHO Club du 4 janvier 2008 au 29 février 2008 inclus;

2) la décision du 19 décembre 2007 du collège des bourgmestre et échevins de la commune d'Auderghem, confirmant le premier acte attaqué et, en conséquence, la fermeture toutes les nuits des vendredis à samedis, samedis et dimanches et des dimanches à lundis de l'établissement SOHO Club du 4 janvier 2008 et 29 février 2008 inclus”;

Vu l'arrêt n° 178.292 du 7 janvier 2008 ordonnant la suspension de l'exécution des actes attaqués selon la procédure d'extrême urgence;

VENNOOTSCHAPPEN

Naamloze vennootschap – Bestuur – Externe vertegenwoordigingsmacht – Minimum aantal bestuurders (art. 518 W.Venn.) – Beslissing om een vordering in te dienen voor de Raad van State – Ontvankelijkheid

Overeenkomstig het artikel 518, § 1, van het Wetboek van Vennootschappen, moeten er in een naamloze vennootschap ten minste drie bestuurders zijn.

Beslissingen om een vordering tot schorsing en een annulatieberoep in te dienen voor de Raad van State maken onlosmakelijk deel uit van de spoedeisende handelingen die noodzakelijk zijn ter vrijwaring van het vennootschapsbelang.

Het ontslag van een bestuurder waardoor het aantal leden van de raad van bestuur tijdelijk daalt van drie naar twee kan niet tot gevolg hebben dat de vennootschap beroofd wordt van haar recht om in rechte op te treden teneinde, in geval van spoedeisendheid, de vrijwaring van haar belangen te verzekeren.

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. Cuvelier, premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 6 février 2009, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 11 mars 2009;

Entendu, en son rapport, Mme Willot-Thomas, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me Philippe Levert, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me Jean-Paul Lagasse, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. Cuvelier, premier auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la cause se présentent ainsi qu'il suit:

1. La société requérante est une société anonyme constituée par acte notarié du 9 avril 1996 publié par extrait aux annexes du *Moniteur belge* du 7 mai 1996.

2. La société requérante exploite un club privé dénommé le SOHO Club, boulevard du Triomphe, 45-47, à Auderghem.

3. Par un courrier du 1^{er} août 2007, la société requérante s'est vu notifier une délibération du collège des bourgmestre et échevins du 24 juillet 2007, fondée sur les articles 119*bis*, § 2, 4^o et § 4 et 123, 12^o, de la nouvelle loi communale, portant l'avertissement prévu par l'article 119*bis*, § 4, préalable à la fermeture administrative de l'établissement par le collège.

4. Par un courrier du 16 novembre 2007, la commune d'Auderghem a fait savoir à la société requérante que la fermeture définitive de l'établissement était envisagée, sur la base des dispositions précitées de l'article 119*bis* de la nouvelle loi communale. Ce courrier fait état de deux fermetures ordonnées précédemment par le bourgmestre et de l'avertissement du collège. Il précise ce qui suit: "[...], depuis la fin août, les interventions de la police nécessitées par des troubles qui trouvent leurs sources dans votre établissement ou qui sont générés par votre clientèle ou vos préposés sont à nouveau devenus systématiquement nécessaires".

La lettre contient convocation à une audition, par le collège, prévue pour le 4 décembre 2007.

5. Le 11 décembre 2007, les représentants de la société requérante ont été entendus par le collège, assistés de leurs avocats.

6. Le 13 décembre 2007, le bourgmestre a pris un arrêté par lequel il ordonne "la fermeture toutes les nuits des vendredis à samedis, samedis et dimanches et des dimanches à lundis de l'établissement SOHO Club du 4 janvier 2008 au 29 février 2008 inclus".

Il s'agit du premier acte attaqué qui se donne comme fondement l'article 134*quater* de la nouvelle loi communale et a été notifié à la partie requérante le 13 décembre 2007.

La décision fait état de troubles qui se sont produits en juillet 2007, mais précise qu'elle ne les retient pas car ils sont "intervenus avant l'avertissement, donc durant une période où l'autorité communale n'avait pas avisé les exploitants de la sanction qu'ils encouraient".

La décision poursuit en ces termes:

"[...] Des fiches d'informations qui m'ont été transmises par la commissaire, je retiens en tout cas les incidents suivants qui établissent un lien avec l'établissement incriminé:

– le 5 août 2007, un différend avec le vider du SOHO a nécessité l'intervention d'une patrouille et le différend a été aplani;

– le 16 septembre 2007, une personne ivre devant le SOHO qui avait été mise dehors a nécessité l'intervention d'une patrouille parce qu'elle faisait de l'esclandre; il y avait un différend avec les exploitants du SOHO;

– le 30 septembre 2007, une patrouille a dû intervenir car il y avait un différend avec les exploitants du SOHO; il y a eu finalement des actes de rébellion qui ont nécessité la mise en cellule d'une personne;

– le 14 octobre 2007, une patrouille a dû intervenir car il y avait une bagarre à l'entrée du SOHO et le différend a été finalement aplani;

– le 17 octobre 2007, une bagarre a eu lieu entre des clients du SOHO, des jeunes en état d'ivresse et d'autres personnes qu'ils avaient insultés et qui les ont poursuivis;

– le 3 novembre 2007, un jeune homme ivre, client du SOHO, a été mis dehors et a fait intervenir la patrouille;

– le 10 novembre 2007, la patrouille a été appelée sur place pour une bagarre devant le SOHO et, lorsqu'elle est arrivée, il n'y avait plus d'incident."

Elle porte, notamment, ce qui suit:

"De l'audition et des pièces transmises par les exploitants, il ressort que:

– le public a été élargi aux mineurs à partir de 16 ans le vendredi (lors du renouvellement du permis d'environnement, il avait été précisé qu'une nouvelle politique d'exploitation de la salle devrait amener une clientèle plus âgée et dès lors moins susceptible d'engendrer du tapage nocturne);

– l'organisation de soirées (une au moins par mois, celle du troisième samedi du mois) est organisée par des tiers, de nombreuses soirées ne visent pas spécifiquement la clientèle du Soho (les fiches des soirées qui sont communiquées évoquent la "cible" des soirées référencées en ne retenant que peu la clientèle du Soho) alors que lors d'une fermeture que j'ai prononcée antérieurement, l'absence de clientèle fiabilisée était identifiée comme une des causes des dérangements publics et troubles à l'ordre public;

– les exploitants mènent des campagnes de publicité de grande ampleur (à la radio, par la distribution de flyers à 10.000 exemplaires si l'on en croit les factures produites) tout en exerçant un fort contrôle à l'entrée (dans l'audition, un des exploitants a affirmé que le contrôle se réalisait sur les éléments suivants: la carte de membre, la vérification de l'identité, port d'une chemise exigé, apparence correcte générale); ce faisant, il draine une importante clientèle et doit en rejeter un nombre très conséquent, ce qui crée des troubles à l'ordre public et des dérangements publics; la pré-

sence de files en vue d'accéder à l'établissement est d'ailleurs confirmée par certains des constats d'huissiers;

– les exploitants estiment devoir contrôler et s'assurer de l'absence d'un état d'ébriété apparent lors de l'entrée dans le club mais plus lors de la sortie de leurs clients car ils considèrent la consommation d'alcool comme un des éléments essentiels du bon fonctionnement et de la rentabilité de l'établissement alors qu'elle amène justement les clients à avoir des comportements générateurs de dérangements publics et de troubles à l'ordre public.

De ce qui précède, il ne peut être nié que les troubles à l'ordre public sont nombreux, graves et en relation avec l'établissement. Les faits sont à plus d'un titre en relation avec l'établissement:

1. une consommation importante amène des dérangements et troubles aux alentours de l'établissement voire des bagarres;

2. l'utilisation de campagnes de publicité s'adressant à un très large public, sans commune mesure avec la capacité limitée de l'établissement et le contrôle strict à l'entrée amène à des refus d'accès qui sont générateurs de nombreux dérangements publics et troubles à l'ordre public.

3. La politique visant à affecter certaines soirées spécialement à des mineurs est un facteur qui aggrave le risque (lequel se concrétise trop souvent) de dérangements publics et de troubles à l'ordre public car les mineurs supportent plus difficilement l'influence de l'alcool et ont un comportement, spécialement dans les soirées, plus exubérant que des personnes plus âgées, comportement qui se prête mal à la quiétude qui doit être assurée, surtout la nuit, dans une zone où il y a de très nombreux logements.”

7. Le 13 décembre 2007, la société requérante et ses avocats ont été convoqués aux fins d'être entendus le 19 décembre 2007 par le collège des bourgmestre et échevins en vue de la confirmation par celui-ci de l'arrêté du bourgmestre, conformément à l'article 134^{quater}, alinéa 2, de la nouvelle loi communale.

8. Le 19 décembre 2007, à la suite de l'audition, le collège des bourgmestre et échevins a confirmé la décision du bourgmestre du 13 décembre 2007.

Il s'agit du second acte attaqué notifié à l'un des avocats de la partie requérante le 20 décembre 2007.

S'agissant des troubles à l'ordre public, la délibération mentionne ce qui suit:

“Plus d'une quinzaine de faits et d'interventions de la police ont été portés à la connaissance du Bourgmestre, faits qui sont autant d'incidents ou de demandes d'intervention de la police en relation avec l'exploitation de l'établissement accessible au public, le Club SOHO, boulevard du Triomphe 47:

1. incidents entre clients et préposés (cela peut résulter d'un refus d'accès comme de différends à l'intérieur du club): 28 janvier 2007, 3 février 2007, 3 mars 2007, 9 mars 2007, 17 mars 2007, 18 mars 2007, 25 mars 2007, 7 avril 2007, 9 avril 2007, 5 mai 2007, 11 mai 2007, 12 mai 2007, 2 juin 2007;

2. bagarres sur la voie publique aux abords du SOHO: 3 mars 2007, 14 avril 2007, 6 mai 2007;

3. intervention pour des clients du SOHO ayant fait un malaise dans le club ou à sa sortie: 31 mars 2007, 8 avril 2007, 5 mai 2007;

4. tapage devant l'entrée: 24 mars 2007;

5. bagarres dans le club: 21 avril 2007, 26 mai 2007;

6. bagarres entre sociétés concurrentes de gardiennage: 21 avril 2007 et 22 avril 2007.

7. le 1^{er} juillet 2007, des coups et blessures;

8. le 7 juillet 2007, des troubles à l'ordre public ont été créés par des jeunes qui ont été priés de quitter l'établissement et qui n'ont pas obtempéré immédiatement;

9. le 21 juillet 2007, une personne a appelé la police parce qu'elle aurait été frappée par deux personnes de la discothèque;

10. le 22 juillet 2007, la police a à nouveau été appelée parce qu'une personne aurait été frappée par plusieurs portiers de la discothèque;

11. le 28 juillet 2007, la patrouille a dû intervenir dans l'établissement car il y avait une bagarre à l'intérieur;

12. le 5 août 2007, un différend avec le videur du SOHO a nécessité l'intervention d'une patrouille et le différend a été aplani;

13. le 31 août 2007, viol d'une majeure en dehors de l'établissement; elle a été droguée dans l'établissement par des mineurs, clients du SOHO;

14. le 16 septembre 2007, une personne ivre devant le SOHO qui avait été mise dehors a nécessité l'intervention d'une patrouille parce qu'elle faisait de l'esclandre (il y avait un différend avec les exploitants du SOHO);

15. le 30 septembre 2007, une patrouille a dû intervenir car il y avait un différend avec les exploitants du SOHO (il y a eu finalement des actes de rébellion qui ont nécessité la mise en cellule d'une personne);

16. le 14 octobre 2007, une patrouille a dû intervenir car il y avait une bagarre à l'entrée du SOHO et le différend a été finalement aplani;

17. le 17 octobre 2007, une bagarre a eu lieu entre des clients du SOHO, des jeunes en état d'ivresse et d'autres personnes qu'ils avaient insultés et qui les ont poursuivis;

18. le 3 novembre 2007, un jeune homme ivre, client du SoHo, a été mis dehors et a fait intervenir la patrouille;

19. le 10 novembre 2007, la patrouille a été appelée sur place pour une bagarre devant le SOHO et, lorsqu'elle est arrivée, il n'y avait plus d'incident;"

La délibération porte, notamment, ce qui suit:

“Les liens entre les troubles de l'ordre public, les dérangements publics et l'établissement

De ce qui précède, il ne peut être nié que les troubles à l'ordre public sont nombreux, graves et en relation avec l'établissement. Les faits sont à plus d'un titre en relation avec l'établissement:

1. une consommation d'alcool importante dans l'établissement et l'absence de souci des exploitants d'éviter l'enivrement de leurs clients (bien au contraire, la consommation d'alcool est vue comme un élément de rentabilité important) amène des dérangements et troubles aux alentours de l'établissement voire des bagarres;

2. l'utilisation de campagnes de publicité s'adressant à un très large public, sans commune mesure avec la capacité limitée de l'établissement et le contrôle strict à l'entrée amène à des refus d'accès qui sont générateurs de nombreux dérangements publics et troubles à l'ordre public. Il en est d'autant plus ainsi que la publicité sur les ondes radios – celle qui touche le plus large public – n'évoque pas le code vestimentaire imposé ni l'âge requis selon les jours;

3. La politique visant à affecter certaines soirées spécialement à des mineurs est un facteur qui aggrave le risque (lequel se concrétise trop souvent) de dérangements publics et de troubles à l'ordre public car les mineurs supportent plus difficilement l'influence de l'alcool et ont un comportement, spécialement dans les soirées, plus exubérant que des personnes plus âgées, comportement qui se prête mal à la quiétude qui doit être assurée, surtout la nuit, dans une zone où il y a de très nombreux logements.”

Considérant, quant à la recevabilité, que, s'agissant de la décision d'agir devant le Conseil d'Etat, la société requérante a produit une délibération de son conseil d'administration du 21 décembre 2007 à laquelle étaient présents deux administrateurs, Xavier Hoedemaker et Cédric Staumont, qui “à la majorité des membres présents” ont décidé d'introduire un recours en suspension d'extrême urgence et en annulation des deux actes attaqués et désigné les avocats chargés de l'introduction des procédures; que la copie du procès-verbal est signée par ces deux administrateurs; que la société requérante a produit également un extrait du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 20 mai 2006, publié aux annexes du *Moniteur belge* du 13 juillet 2006, relatant la démission de Gaëtan Decremer, en sa qualité d'administrateur et d'administrateur délégué, la nomination de Xavier Hoedemaker, en tant que “nouvel administrateur et administrateur délégué” et la nomination de Cédric

Staumont en tant que “nouvel administrateur”, ces démissions et nominations prenant effet au 22 mai 2006;

Considérant que, dans le mémoire en réponse, les parties adverses soutiennent que sur la base des éléments versés aux débats, il n'est pas possible “de vérifier la régularité de la composition du conseil d'administration” dès lors qu'il ressort de l'acte de constitution de la société que le mandat des trois premiers administrateurs nommés le 9 avril 1996 expirait lors de l'assemblée générale de 2002 et qu'aucun élément relatif à la nomination de nouveaux administrateurs depuis cette date n'est produit; que la partie adverse ajoute que “dans l'hypothèse où [Xavier] Hoedemaker et [Cédric] Staumont seuls signataires de la décision d'ester, seraient les seuls administrateurs de la société requérante, il y aurait lieu de constater l'irrégularité de la composition du conseil d'administration qui doit légalement être composé de trois personnes au minimum”;

Considérant que la société requérante a joint à son dernier mémoire la chronologie des nominations et démissions des administrateurs depuis la constitution de la société; qu'il apparaît, notamment, qu'à la suite de l'assemblée générale extraordinaire du 20 mai 2006 précitée, le conseil d'administration était composé de Pascal Olivet, nommé par l'assemblée générale extraordinaire du 30 novembre 2005, ainsi que de Xavier Hoedemaker et Cédric Staumont; que la démission de Pascal Olivet a été acceptée par l'assemblée générale extraordinaire du 19 juillet 2006 en sorte qu'à partir de cette date, le conseil d'administration ne comprenait plus que les administrateurs Xavier Hoedemaker et Cédric Staumont; que l'assemblée générale extraordinaire du 30 avril 2008 a nommé Martine Verhoeven en qualité de nouvel, et troisième, administrateur; que la société requérante reconnaît que le 21 décembre 2007, la décision d'agir devant le Conseil d'Etat a été prise par le conseil d'administration qui n'était composé que des deux administrateurs précités; qu'elle a joint à son dernier mémoire une délibération du conseil d'administration du 17 décembre 2008, à laquelle étaient présents les trois administrateurs en fonction, ratifiant la décision d'ester en justice du 21 décembre 2007;

Considérant qu'il résulte des statuts de la société requérante que, conformément aux articles 518, § 1^{er} et 522, § 2, du Code des sociétés, les administrateurs doivent être au nombre de trois au moins et que la décision d'agir devant le Conseil d'Etat devait être prise par le conseil d'administration; qu'en l'espèce, la décision a été prise le 21 décembre 2007 par le conseil d'administration composé de deux membres, à la suite de la démission d'un administrateur le 19 juillet 2006; que ni le Code des sociétés ni les statuts ne fixent de délai pour le remplacement d'un administrateur démissionnaire; que les décisions de saisir le Conseil d'Etat d'une demande de suspension et d'un recours en annulation font partie, sans que l'on puisse les dissocier, des actes urgents nécessaires à la sauvegarde des intérêts de la société; que la démission d'un administrateur qui réduit temporairement de

trois à deux le nombre des membres du conseil d'administration, ne peut avoir pour effet de priver la société de son droit d'ester en justice pour assurer, dans une situation d'urgence, la préservation de ses intérêts; que la décision d'introduire le recours en annulation a été valablement prise par le conseil d'administration le 21 décembre 2007; que l'exception n'est pas fondée; que le recours est recevable;

Considérant que la société requérante prend un moyen, troisième de la requête, "de la violation de l'article 134^{quater} de la nouvelle loi communale, de la violation du secret de l'information et de l'instruction, de l'article 125 du tarif criminel, de la violation des articles 1 à 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'insuffisance et de l'erreur dans les motifs de l'acte, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir, en ce que, le premier acte attaqué ordonne la fermeture toutes les nuits des vendredis à samedis, samedis et dimanches et des dimanches à lundis de l'établissement SOHO CLUB du 4 janvier 2008 au 29 février 2008 inclus, et que le deuxième acte attaqué en emporte la confirmation, alors que, première branche, les actes attaqués méconnaissent les conditions imposées par l'article 134^{quater} de la nouvelle loi communale, à savoir qu'un arrêté de fermeture provisoire ne peut être prononcé sur base de l'article 134^{quater} de la nouvelle loi communale qu'à la double condition que les troubles à l'ordre public se sont produits autour de l'établissement tout en ayant leur origine dans des comportements survenant dans l'établissement incriminé; et que tel n'est pas le cas en l'espèce; et; alors que, deuxième branche, l'examen des faits vantés à l'appui de l'acte attaqué révèle qu'ils ne peuvent fonder une mesure de police fondée sur l'article 134^{quater} de la nouvelle loi communale."; que la société requérante se réfère à l'arrêt n° 178.292 qui a suspendu l'exécution des actes attaqués sur la base du moyen jugé sérieux en sa première branche; que, s'agissant de la seconde branche du moyen, la société requérante analyse minutieusement les faits visés par chacune des décisions attaquées, à la lumière, notamment, des fiches d'information établies par la police locale; qu'elle soutient que "les actes attaqués font état de faits qui sont soit non légalement admissibles, soit non pertinents, voire inexacts"; qu'elle fait valoir que la plupart des fiches mentionnent des troubles qui se sont produits soit à l'extérieur soit à l'intérieur de l'établissement; qu'elle ajoute qu'un grand nombre de fiches d'information constate soit une absence de troubles à l'ordre public soit des troubles qui ne peuvent être imputés à l'établissement et à ses exploitants;

Considérant que, dans le mémoire en réponse, les parties adverses soutiennent, quant à la première branche, qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat que l'article 134^{quater} de la nouvelle loi communale n'exige pas nécessairement que "le trouble de l'ordre public soit, au dehors, une continuation de ce qui se passe à l'intérieur", qu'il "peut suffire au bourgmestre de démontrer que l'ordre public est perturbé dans un voisinage déterminé dès lors que la cause

de cette perturbation trouve son origine dans les activités de cet établissement" et que, notamment, le recours à l'article 134^{quater} est justifié lorsque les désordres trouvent leur origine dans la vente de boissons alcoolisées, dès lors que cette vente, même si elle n'est pas illicite, constitue un comportement survenant dans l'établissement dont la suite immédiate trouble l'ordre public aux abords de celui-ci; que les parties adverses font valoir que les fiches d'information établies par la police locale démontrent que "des troubles de l'ordre public ont été constatés sur la voie publique ou aux abords immédiats de l'établissement concerné en rapport avec l'exploitation de cet établissement", que ces fiches soulignent que l'abus d'alcool est à l'origine de la plus grande partie des troubles constatés et que, par conséquent, "il y a bien un lien entre l'activité exploitée à l'intérieur de l'établissement (notamment la vente d'alcool) et le dérangement public constaté sur la voie publique"; que les parties adverses concluent "que le trouble causé sur la voie publique résulte d'une activité licite exercée dans l'établissement"; que les parties adverses reproduisent des passages de la motivation de chacun des actes attaqués et prétendent que "les décisions querellées établissent à suffisance le lien entre ce qui est survenu dans l'établissement et les troubles et dérangements publics constatés à l'extérieur"; que s'agissant de l'arrêt n° 178.292, les parties adverses constatent qu'il admet que certains faits mentionnés dans les actes attaqués entrent dans les prévisions de l'article 134^{quater}, estimant que d'autres n'y entreraient pas; qu'elles soutiennent que le moyen aurait dû être déclaré non sérieux puisque des faits rencontraient les prévisions de l'article 134^{quater}, les autres faits étant surabondants; que, quant à la seconde branche, les parties adverses soulignent qu'il ressort à suffisance des éléments communiqués par la police locale "que l'exploitation de la salle de fête litigieuse par la requérante est à l'origine de troubles incessants entraînant l'intervention des forces de l'ordre de façon récurrente pour ne pas dire incessante"; qu'elles se réfèrent à un rapport récapitulatif des commissaires de police qui figure au dossier administratif;

Considérant, sur les deux branches du moyen, que l'article 134^{quater}, alinéa 1^{er}, de la nouvelle loi communale prévoit ce qui suit: "Si l'ordre public autour d'un établissement accessible au public est troublé par des comportements survenant dans cet établissement, le bourgmestre peut décider de fermer cet établissement pour la durée qu'il détermine"; que cette disposition exige que les troubles à l'ordre public retenus pour justifier la fermeture de l'établissement répondent à la double condition qu'ils se produisent "autour de l'établissement" et qu'ils aient leur origine dans "des comportements survenant dans cet établissement";

Considérant qu'il apparaît de la motivation des deux actes attaqués que tant le bourgmestre que le collège des bourgmestre et échevins ont considéré que le bourgmestre peut recourir à l'article 134^{quater} dès lors que les troubles de l'ordre public constatés autour de l'établissement sont liés à des circonstances qui relèvent du mode d'exploitation de

l'établissement, tels une publicité tapageuse qui attire un public trop important par rapport à la capacité de l'établissement, des contrôles stricts à l'entrée de l'établissement générateurs de troubles, la vente d'alcool sans modération parce qu'elle constitue un élément essentiel de rentabilité et la réservation de certaines soirées à des mineurs qui supportent mal l'alcool et ont un comportement plus exubérant que les personnes plus âgées; que cette interprétation de l'article 134^{quater}, qui constitue l'un des fondements des décisions litigieuses et qui trouve écho dans le mémoire en réponse, ne peut être retenue; qu'en effet, l'article 134^{quater}, qui déroge au droit commun de l'article 135, § 2, de la nouvelle loi communale, est de stricte interprétation; que le mode d'exploitation de l'établissement, critiquable ou non, ne peut être assimilé à "des comportements survenant dans l'établissement" au sens de l'article 134^{quater};

Considérant qu'il apparaît tant du premier que du second acte attaqué que si certains faits que ces actes mentionnent semblent bien entrer dans les prévisions de l'article 134^{quater}, d'autres faits se sont manifestement déroulés soit uniquement à l'intérieur de l'établissement soit uniquement à l'extérieur de celui-ci; que, par ailleurs, certains faits sont relatés de manière imprécise; que, s'agissant du premier acte attaqué, les faits du 5 août 2007 sont imprécis, la fiche d'information se bornant à indiquer "diff. avec le videur du SOHO"; que les faits du 30 septembre 2007 ont eu lieu à l'intérieur de l'établissement, les deux fiches d'information indiquant "au SOHO – on ne veut pas rendre la ci du req." et "suite rébellion patrouille demande renfort", sans préciser que des troubles à l'ordre public auraient eu lieu autour de l'établissement; que les faits du 14 octobre 2007 se sont déroulés à l'extérieur de l'établissement, la fiche d'information mentionnant "Bagarre à l'entrée du SOHO – Diff. aplani", sans faire état d'incidents survenus à l'intérieur; que les faits du 10 novembre 2007 ont eu lieu devant l'établissement, la fiche d'information indiquant: "Appelant signale grosse bagarre devant le SOHO entre sorteurs", sans mentionner de faits survenus à l'intérieur; que le second acte attaqué reproduit en ses points 12 à 19 les faits énoncés dans le premier acte attaqué; que s'agissant des points 1 à 11, il

ressort du même acte attaqué et des fiches d'information que les faits mentionnés au point 1 se sont produits soit à l'extérieur de l'établissement en raison de refus d'accès, soit à l'intérieur sans qu'il apparaisse qu'ils aient provoqué des troubles autour de l'établissement; que les faits visés aux points 5 et 11 se sont produits à l'intérieur de l'établissement, selon les termes mêmes de l'acte attaqué confirmés par les fiches d'information; que les faits mentionnés aux points 6, 7, 9 et 10 sont relatés de manière imprécise tant dans l'acte attaqué que par les fiches d'information;

Considérant que le Conseil d'Etat substituerait son appréciation à celle du bourgmestre et du collège des bourgmestre et échevins s'il décidait, comme le suggèrent les parties adverses, que les faits répondant à la double condition exigée par l'article 134^{quater} suffisent à eux seuls à justifier la mesure prise tandis que ceux qui n'y satisfont pas sont surabondants;

Considérant que les décisions attaquées procèdent d'une interprétation erronée de l'article 134^{quater} de la nouvelle loi communale et s'appuient sur des faits qui ne suffisent pas pour en justifier légalement l'application; que le troisième moyen est fondé,

Décide:

Article 1^{er}.

Sont annulés l'arrêté du bourgmestre de la commune d'Auderghem du 13 décembre 2007 ordonnant la fermeture "toutes les nuits des vendredis à samedis, samedis et dimanches et des dimanches à lundis" de l'établissement SOHO Club du 4 janvier 2008 au 29 février 2008 inclus ainsi que la délibération du collège des bourgmestre et échevins du 19 décembre 2007 confirmant l'arrêté précité.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 EUR, sont mis à la charge de la seconde partie adverse.

(...)

Note

Conseil d'Etat et conseils d'administration irrégulièrement composés: la recevabilité en questionGauthier Parisis¹**I. LA DECISION**

Dans l'arrêt reproduit ci-dessus, le Conseil d'Etat reçoit l'occasion de se prononcer, à titre préliminaire, sur une question de droit des sociétés relativement rare mais digne d'intérêt: le pouvoir de gestion des conseils d'administration dont le nombre de membres est réduit en deçà du minimum légal.

Dans cette instance relative à la contestation d'une décision administrative de fermeture d'établissement, l'autorité défenderesse souleva une exception d'irrecevabilité fondée sur l'irrégularité de la décision d'agir en justice prise par la société exploitante. S'agissant d'une société anonyme, son conseil d'administration devait, en principe, compter un minimum de trois membres². Or, lors de la prise de la déci-

sion d'agir (et de mandater des avocats à cet effet), le conseil d'administration ne comptait plus que deux membres. Le troisième avait, en effet, démissionné lors d'une assemblée générale extraordinaire tenue un an et demi plus tôt sans être remplacé dans l'intervalle³.

Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'Etat repousse l'exception d'irrecevabilité. Il considère que, dans la mesure où la décision de s'opposer à la fermeture de l'établissement relève de la catégorie des "actes urgents nécessaires à la sauvegarde des intérêts de la société", la validité de la décision ne peut être remise en cause au seul motif de la composition irrégulière du conseil d'administration dont elle émane.

II. CONSIDÉRATIONS INTRODUCTIVES**Rappel préliminaire**

Depuis la première directive⁴ et sa transposition en droit belge⁵, notre droit des sociétés distingue strictement pouvoir de gestion (ordre interne) et pouvoir de représentation (ordre externe). Dans les sociétés anonymes, le conseil d'administration, qui fonctionne de manière collégiale, est à la fois un organe de gestion, chargé de la prise des décisions de gestion, et à la fois un organe de représentation, chargé de la mise en œuvre de ces décisions envers les tiers. Contrairement au pouvoir de gestion, la faculté de représentation peut être déléguée à une ou plusieurs personnes déterminées de façon opposable aux tiers⁶.

Comme toute autre décision, la décision d'agir en justice appartient ainsi au conseil d'administration fonctionnant en collège et le conseil, dans son ensemble, est, en principe, investi de la représentation effective de la société en justice. Le plus souvent, il aura, cependant, été fait usage de la faculté de délégation de la représentation en justice. Une telle délégation peut être réalisée de façon ponctuelle, pour

une ou plusieurs affaires déterminées, au profit d'un avocat. A l'opposé, les statuts peuvent prévoir le principe de la délégation générale de la représentation en justice et ce, que ce soit de manière spécifique, ou bien, indirectement, en tant que composante de la délégation du pouvoir général de représentation de la société. En cas de délégation ponctuelle, les représentants agissent en justice en tant que mandataires spéciaux, tandis que, dans l'hypothèse d'une délégation statutaire, ils le feront en qualité d'organe de la société.

En termes d'interactions entre décision (pouvoir de gestion) et mise en œuvre de celle-ci (pouvoir de représentation), la pierre angulaire du système issu de la première directive est que le représentant dans l'ordre externe ne doit pas justifier d'une décision prise dans l'ordre interne si le pouvoir de représentation lui a été délégué statutairement. Dès lors, même en cas d'irrégularité ou d'absence de décision (ordre interne), la société contracte, le plus souvent, les droits et obligations découlant des actes auxquels elle a été valablement représentée (ordre externe).

¹ Assistant à l'UCL (CRIDES – Jean Renauld). Avocat au barreau de Bruxelles.

L'auteur remercie vivement le professeur Yves De Cordt pour sa précieuse relecture de la présente note.

² Art. 518, § 1, C.soc. Sur l'origine de cette disposition, voy. C. BERTSCH, C. STAUDT et P. KILESTE, "Le statut des administrateurs et des gérants" in *Guide juridique de l'entreprise*, 2^{ème} éd., Titre II, Livre 22.2, Diegem, Kluwer, 2005, p. 17 (note de bas de page n° 1).

³ L'énoncé de ces faits pose une question qui n'a pas été abordée dans l'arrêt et qui déborde le sujet de la présente note: l'obligation de principe pour un administrateur, dans de telles circonstances, de rester en fonction tant qu'il n'a pas été pourvu à son remplacement. A ce sujet, voy. notamment, B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, Brugge, die Keure, 2005, p. 393 (et les références citées par l'auteur).

⁴ Première directive 68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'art. 58, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, JO L. 65, 14 mars 1968, pp. 8-12 (en particulier, l'art. 9).

⁵ Loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales, MB 23 juin 1973, p. 7.681.

⁶ Art. 522, § 2, C.soc.

Mandat *ad litem*

Ces règles issues de la première directive se trouvent, en ce qui concerne la représentation en justice, quelque peu renforcées par le Code judiciaire. Ainsi, lorsque le pouvoir de représentation en justice est fondé sur un mandat attribué à un avocat, l'article 440, alinéa 2, du Code judiciaire est interprété comme présumant que cet avocat dispose effectivement du pouvoir de représenter la société identifiée (mandat *ad litem*)⁷. Dès lors, de la même manière qu'un représentant organique, l'avocat ne doit, en principe, pas justifier d'une décision du conseil d'administration prenant la résolution d'agir et le désignant, à cet effet, comme son représentant⁸.

En raison, d'une part, de l'autosuffisance du pouvoir statutaire de représentation organique et, d'autre part, de la présomption dont jouissent les avocats mandataires spéciaux⁹,

il est relativement rare que soit discutée, devant une juridiction judiciaire, la validité, dans l'ordre interne, d'une décision d'agir en justice.

Il en va autrement devant le Conseil d'Etat. Cela s'explique par le fait que ce dernier estime que l'article 440, alinéa 2, du Code judiciaire ne s'applique pas à l'action administrative d'une personne morale. Sa jurisprudence indique qu'en l'absence d'une délégation statutaire du pouvoir de représentation (en justice), une société intentant une action en annulation, doit fournir une délibération valable et prise dans les délais requis à l'appui de cette action¹⁰. C'est dans ces circonstances que le Conseil d'Etat a reçu l'opportunité d'analyser la validité d'une décision prise par un conseil d'administration comptant un nombre de membres inférieur au prescrit légal.

III. UNE DECISION PRATIQUE

Comme indiqué ci-dessus, dans l'arrêt commenté, le Conseil d'Etat considéra que la composition irrégulière du conseil d'administration ne devait pas empêcher la société d'agir, dans la mesure où s'opposer à la fermeture de l'établissement relevait de la catégorie des "actes urgents nécessaires à la sauvegarde des intérêts de la société".

La solution retenue par le Conseil d'Etat accorde, d'un point de vue pratique, une certaine souplesse aux sociétés dans la défense de leurs intérêts. La vie économique exige probablement que les sociétés ne puissent être paralysées par une irrégularité temporaire de composition de leur organe de gestion. A tout le moins, il est raisonnable de poser que celles-ci doivent pouvoir pourvoir à la défense conservatoire de leurs intérêts fondamentaux.

Cependant, toute souple qu'elle soit, il était loin d'être établi par avance que le Conseil d'Etat consacrerait cette solution étant donné sa jurisprudence sévère en matière de recevabilité. Si certaines décisions vont jusqu'à refuser l'action d'une personne morale du fait que la preuve de la convoca-

tion régulière de tous les administrateurs ne ressort pas du procès-verbal¹¹, la recevabilité d'une action décidée par un conseil dont la composition viole le prescrit du Code des sociétés n'était pas acquise.

La décision s'inscrit, par contre, dans la lignée d'une certaine jurisprudence judiciaire 'pré-première directive', soit datant d'une époque à laquelle ces juridictions vérifiaient – comme le fait encore parfois le Conseil d'Etat aujourd'hui – la validité de la décision d'agir. Dans une instance de 1963, la cour d'appel de Bruxelles avait adopté un raisonnement similaire au cas d'espèce. Cette affaire présentait un caractère encore plus particulier, en ce que, non seulement un administrateur décédé n'avait pas été remplacé, mais, en outre, le mandat des deux administrateurs restants était expiré¹². Cela n'avait pas empêché la cour d'avoir, comme en l'espèce, égard au fait qu'"il ne se concevrait pas qu'une société n'eût plus de représentants légaux qui puissent prendre en son nom toutes mesures conservatoires urgentes"¹³.

7. A ce sujet, voy. notamment, D. STERCKX, "Le mandat procédural de l'avocat", *JT* 1997, pp. 401 et s.

8. Sur l'extension de la présomption dont jouit l'avocat à la validité de la décision d'agir prise par la société, voy. A. DECROËS, "La représentation en justice des personnes morales et l'art. 440, alinéa 2, du Code judiciaire" (note sous Cass. 9 janvier 2007), *RPS* 2008, n° 1, pp. 79 et s.

9. Celle-ci portant également, selon la Cour de cassation, sur la validité de la décision d'agir, voy. note infrapaginale 8.

10. A ce sujet, voy., entre autres, H. LAGA, "De Raad van State en het annulatieberoep ingesteld door een handelsvennootschap", *TRV* 1998, pp. 173-181; C. CLOTTENS, "De (niet-)ontvankelijkheid van het annulatieberoep bij de Raad van State ingesteld lastens de gedelegeerd bestuurder van een NV", *TRV* 2006, 50-60; M. ERNOTTE, "Les exigences posées par le Conseil d'Etat en ce qui concerne la recevabilité d'un recours en annulation introduit par une société anonyme", *JDSC* 2006, pp. 62-67; R. JAFFERALLI, "L'auberge espagnole ou la représentation des sociétés devant le Conseil d'Etat", *CPDK* 2006, pp. 623 et s.; X. DIEUX et Y. DE CORDT, "Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1991-2005)", *RCJB* 2008, pp. 507-510, n° 43.

11. Voy. CE 16 février 2005, n° 140.740, *TRV* 2007, pp. 181-182 (note C. CLOTTENS).

12. Bruxelles 6 mai 1963, *RCJB* 1966, pp. 460-462, (note L. SIMONT).

13. *Idem*, p. 462.

IV. FONDEMENT JURIDIQUE

Aussi pratique que soit la solution qu'ils consacrent, ni l'arrêt commenté du Conseil d'Etat ni la décision de cour d'appel de Bruxelles de 1963 ne mentionnent expressément le fondement juridique de celle-ci. Tous deux se bornent, en fait, à souligner la nécessité de permettre l'action. La question est, dès lors, celle de savoir comment un conseil en nombre inférieur au prescrit légal a pu valablement engager la société dans une action en justice? Selon nous, il est peu probable que ce soit le résultat d'une stricte application de la théorie de l'organe: la délibération étant irrégulière, le conseil n'a pu valablement prendre la décision (ordre interne) et, les règles de représentation ne s'appliquant pas en l'espèce, ce n'est pas la régularité de la représentation qui a pu créer les droits dans le chef de la société (ordre externe). Dès lors, nous proposons de chercher une explication alternative dans l'institution civile de la gestion d'affaires¹⁴.

Théorie de l'organe

Comme rappelé ci-dessus, la société est un être moral qui agit par le truchement de ses organes, qu'ils soient de gestion ou de représentation¹⁵. La théorie de l'organe s'apparente fortement à celle du mandat, même si à la différence d'un mandataire qui agit 'au nom de', un organe exprime directement la volonté de la société.

Tout mandataire ne peut, en principe, générer des droits et obligations dans le chef de son mandant que dans les limites des pouvoirs que ce dernier a voulu lui attribuer. Il n'en va pas autrement pour le conseil d'administration qui ne peut lier la société que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été dévolus par la loi ou les statuts.

Dans le cas qui nous occupe, la question peut être résumée comme suit: un conseil irrégulièrement composé a-t-il le pouvoir de prendre des décisions engageant la société en cas d'urgence? Si oui, sa décision engage la société. Si non – et c'est la thèse de l'autorité défenderesse dans l'arrêt commenté –, l'organe n'a pas pu engager la société dans l'action en justice et partant, l'exception d'irrecevabilité de son action doit être reçue.

Le cadre légal relatif à cette question est relativement clair et

sommaire. Le Code des sociétés prévoit, à l'égard des sociétés anonymes, la règle impérative de délibération du conseil d'administration¹⁶ et pose la condition que le nombre d'administrateurs invités à y prendre part doit au moins s'élever à trois¹⁷. La seule hypothèse où la délibération d'un conseil en pénurie de membres est légalement prévue est la décision de cooptation d'un ou plusieurs administrateurs afin de se remettre en conformité avec le minimum légal ou statutaire (ou la convocation d'une assemblée générale ayant le même but)¹⁸.

Il semble donc qu'un conseil d'administration composé de deux membres n'ait pas reçu le pouvoir de délibérer valablement sur autre chose que la cooptation d'un troisième administrateur. En dehors de cette hypothèse, il ne pourrait être question de décision valide de l'organe et par conséquent, les droits et obligations contractés par ce reliquat d'organe ne pourraient être automatiquement imputés à la société.

Dans son commentaire relatif à l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles de 1963 dont question *supra*, L. Simont démontre, sur la base des travaux préparatoires du prédécesseur de l'article 518 du Code des sociétés, que, lors de l'adoption de la règle des trois administrateurs, l'intention du législateur de 1873 n'avait pas été d'empêcher qu'une décision prise par un conseil composé de deux administrateurs puisse lier la société¹⁹. Le législateur avait seulement voulu prohiber l'organisation systématique et peu pratique d'une gestion mono- ou bicéphale des sociétés anonymes. De cette manière, l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles de 1963 apparaissait, en effet, justifiable, même sous l'angle de la théorie de l'organe.

Il nous semble incertain qu'on puisse aujourd'hui continuer à considérer que ce qu'interdit l'article 518, § 1^{er}, du Code des sociétés est l'organisation statutaire d'une gestion bicéphale, mais que n'est pas prohibée la gestion à deux au cas où un poste tomberait temporairement en vacance. En effet, la loi du 13 avril 1995 a, depuis lors, inséré l'article 518, alinéa 2, du Code des sociétés prévoyant la possibilité pour une société anonyme qui ne compte plus que deux actionnaires de n'avoir que deux administrateurs, et ce jusqu'à l'entrée d'un troisième actionnaire. La valeur ajou-

¹⁴ On notera que, dans le cas d'espèce, une ratification ultérieure de la décision d'agir était intervenue après qu'un troisième administrateur a été nommé. Elle n'est, cependant, d'aucun secours pour expliquer l'imputabilité de l'action à la société. En effet, celle-ci est survenue au-delà du délai légal de 60 jours dans lequel un recours en annulation devant le Conseil d'Etat doit être introduit. Voy., à ce sujet, J. VANANROYE, "De bekrachtiging van eenzijdige vertegenwoordigingshandelingen, in het bijzonder van de *actio mandati* ingesteld zonder beslissing van de AV" (note sous Cass. 15 février 2004), *TRV* pp. 35-50 (en particulier, le point n° 7).

¹⁵ Voy. art. 61, § 1, C.soc.

¹⁶ Art. 521 C.soc. Sur le principe de la collégialité, voy. notamment, B. TILLEMANN, *o.c.*, pp. 479 et s. et D. WILLERMAIN, "Le conseil d'administration: composition, fonctionnement et pouvoirs", *Le nouveau code de corporate governance*, Séminaire Vanham & Vanham, 4 juin 2009, pp. 32 et s.

¹⁷ Le nombre de trois administrateurs est un minimum et les statuts peuvent exiger un nombre supérieur. De même, pour les autres formes de sociétés pour lesquelles la loi ne fixe pas de minimum, les statuts peuvent parfaitement en prévoir un.

¹⁸ Voy. art. 519 C.soc. et B. TILLEMANN, *o.c.*, p. 514; "Le conseil d'administration" in *Le droit des sociétés aujourd'hui: principes, évolutions et perspectives*, Séminaire CJBB, 17 avril 2008, p. 261 ainsi que les références citées par l'auteur.

¹⁹ Voy. L. SIMONT, "Les administrateurs 'de facto' et les enseignements des droits anglais et américains" (note sous Bruxelles 6 mai 1963), *RCJB* 1966, 473-477.

tée de cette disposition s'avèrerait limitée si, dans l'esprit du législateur de 1995, l'article 518, alinéa 1, du Code des sociétés n'empêchait pas de gérer temporairement à deux une société anonyme²⁰. En outre, des voix s'élèvent aujourd'hui en doctrine pour affirmer le caractère obligatoire de la procédure de cooptation (ou la convocation d'une assemblée générale) à l'égard d'un conseil en pénurie de membres²¹, et pour soutenir qu'à défaut, les décisions que prendrait ce conseil seraient annulables²². Une telle position revient à exclure le principe de la gestion bicéphale, fût-elle temporaire.

En tout état de cause, il ne nous semble pas que le Conseil d'Etat et la cour d'appel de Bruxelles aient effectivement entendu justifier leur décision sur la base de la théorie de l'organe, sans quoi leur argumentation fondée sur la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la société ne se serait sans doute pas avérée nécessaire.

Gestion d'affaires

Pour tenter de comprendre comment la société a pu être engagée dans une action en justice sans que – par hypothèse – son organe ait agi valablement et sans que les règles de représentation s'appliquent, il est utile de revenir sur la justification pratique retenue, à savoir que la décision d'ester en justice relevait de la catégorie des 'actes urgents nécessaires à la sauvegarde des intérêts de la société'.

Les rapports entre urgence et compétences peuvent prendre différentes formes. Ainsi, le Conseil d'Etat a déjà pu utiliser l'urgence afin de départager les compétences du conseil d'administration et du délégué à la gestion journalière²³. Sa formulation selon laquelle la gestion journalière comprend l'exécution des tâches courantes et la gestion des choses urgentes de menu intérêt a d'ailleurs été reprise récemment par la Cour de cassation²⁴. Qu'on ne s'y trompe pas, dans ces cas, l'urgence est utilisée comme critère de répartition de pouvoirs *existants*. A l'opposé, en l'espèce, le critère de l'urgence est adopté comme justification d'un pouvoir *inédit*, celui pour un conseil irrégulièrement composé de pren-

dre des décisions conservatoires qui engagent la société.

Cette apparition de l'urgence et de la sauvegarde d'intérêts fondamentaux comme critères du pouvoir d'agir tend à nous faire penser que l'explication la plus convaincante réside dans l'institution civile du quasi-contrat avec représentation visée aux articles 1371 et suivants du Code civil²⁵. Les deux administrateurs restants auraient agi conjointement sur la base du quasi-contrat de gestion d'affaires pour faire naître, dans le chef de la société, le droit d'agir en justice. C'est en tous les cas cette justification qui nous paraît être la plus proche de la motivation retenue par le Conseil d'Etat et du résultat auquel cette dernière mène.

La gestion d'affaires emporte substantiellement les mêmes effets que le mandat, institution sur laquelle est basée la théorie de l'organe. Cependant, à la différence du mandat, il n'existe pas de cadre contractuel ou légal préalable pour l'action du gérant, ce qui permet d'évacuer le problème de la délibération en nombre irrégulier qui empêche, en l'espèce, l'application de la théorie de l'organe. La gestion d'affaires constitue, en effet, une initiative individuelle qui ne peut être prise qu'à l'égard de mesures urgentes, nécessaires et de bonne administration. Or en l'espèce et pour rappel, le Conseil d'Etat fonde sa décision sur le fait que l'introduction de l'action en annulation relève de la catégorie des 'actes urgents nécessaires à la sauvegarde des intérêts de la société'.

La théorie de la gestion d'affaires comme base de la justification a aussi l'avantage de limiter la validité des délibérations en nombre inférieur au prescrit légal. Seuls seraient admis les actes nécessaires pris dans l'urgence dans l'intérêt de la société et non l'intégralité des actes, ce qui serait le cas si la justification de la décision devait être trouvée dans la théorie de l'organe.

Enfin, bien que la gestion d'affaires soit en droit civil purement volontaire, son application en droit des sociétés nous semble parfaitement s'inscrire dans la logique du devoir de loyauté pesant sur les administrateurs dont elle pourrait être une manifestation.

²⁰. Cette vision du législateur de 1995 semble confirmée par l'historique de l'adoption de l'actuel art. 518, al. 2, C.soc. (voy., en particulier, Rapport fait au nom de la commission spéciale, Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc.parl.* Sénat, sess. ord. 1993-94, n° 1806/2, pp. 84-91). Initialement, il était seulement proposé de modifier les lois coordonnées sur les sociétés commerciales de manière à permettre la nomination de deux administrateurs lorsque la société était constituée par deux fondateurs (*Doc.parl.* Chambre repr., sess. ord. 1993-94, n° 1005/3, p. 2). Mais, ensuite, lors de la discussion au Sénat, il fut décidé de prévoir également cette possibilité au cas où, en cours d'existence, la société viendrait à ne plus compter que deux actionnaires. Si la proposition initiale peut se lire comme autorisant l'organisation systématique d'une gestion bicéphale (ce qui était interdit auparavant), force est de constater que l'amendement suivant, lui, n'aurait eu aucun intérêt si, dans l'esprit du législateur de 1995, le régime antérieur permettait déjà la gestion temporaire par deux administrateurs (Rapport, *o.c.*, pp. 86-87). Les travaux préparatoires mentionnent d'ailleurs expressément que "[c]e qui n'est plus interdit, c'est de laisser fonctionner avec deux administrateurs une SA" (Rapport, *o.c.*, p. 85).

²¹. B. TILLEMANS, *o.c.*, 2005, p. 169.

²². En ce sens, B. TILLEMANS, *o.c.*, 2005, p. 133.

²³. Voy., p. ex., CE 12 décembre 2005, n° 152.522, disponible sur www.raadvst-consetat.be (16 décembre 2009), lequel stipule que "dat onder 'handelingen of verrichtingen betreffende het dagelijks bestuur van de vennootschap' moet worden verstaan die welke door het dagelijks leven van de vennootschap vereist worden of die welke zowel wegens hun gering belang als wegens noodzakelijkheid van een snelle oplossing de tussenkomst van de raad van bestuur zelf niet rechtvaardigen".

²⁴. Cass. 26 février 2009, RG F070043F, disponible sur www.cass.be (16 décembre 2009). Pour un commentaire, voy., entre autres, C. CLOTTENS, "De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte" (note sous Cass. 26 février 2009), *TRV* 2009, pp. 444 et s.

²⁵. Sur cette institution, voy., entre autres, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, vol. 2, 3^{ème} éd., pp. 383 et s.

V. CONCLUSION

Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'Etat se prononce sur la recevabilité d'une action en annulation introduite par une société anonyme dont le conseil d'administration ne compte plus que deux membres. En l'espèce, les règles de représentation, y compris celles du mandat *ad litem*, n'étaient pas susceptibles de couvrir l'irrégularité.

Le Conseil d'Etat admet, malgré tout, l'action au motif qu'il y va d'un acte urgent, nécessaire à la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la société. Cette solution pratique est à saluer en ce qu'elle assouplit quelque peu la jurisprudence stricte du Conseil d'Etat en matière de recevabilité des actions.

La présente note pose que, en droit, cette solution – aussi pratique soit-elle – n'est pas justifiable sur la base de la théorie de l'organe. Elle propose, en revanche, de trouver la source de l'engagement valable de la société dans l'action administrative, dans la théorie de la gestion d'affaires. Les conditions de la gestion d'affaires sont proches des motifs retenus par le Conseil d'Etat, tandis que ses effets sont à même d'aboutir au résultat d'espèce. Elle permet, en outre, de limiter la création de droits et obligations dans le chef d'une société par un conseil irrégulièrement composé aux cas les plus impérieux. Enfin, la gestion d'affaires semble parfaitement s'inscrire dans la logique du devoir de loyauté des administrateurs.